

Recensiones

gía el *interregnum* en el supuesto de quedar vacante la magistratura consular, lo que fue sin duda una reminiscencia histórica de la época monárquica que se explica, una vez más, por la penetración de la *religio* en la política y el Derecho plasmada en la idea «*auspicia ad patres redeunt*»: los únicos capaces de comunicarse con los dioses protectores debían asumir temporalmente las riendas de la ciudad para restablecer cuanto antes la *pax deorum*.

Recomiendo la lectura de este libro que reúne todas las cualidades que se le pueden pedir: claridad expositiva, profundidad intelectual, interés interdisciplinar por tratar cuestiones que atañen al Derecho, a la Filosofía, a la Historia, a la Antro-

pología, a la Biología y a la Política, y, sobre todo, por constituir una reflexión imprescindible en nuestra era de progreso cada vez más deshumanizado sobre la imposibilidad de concebir la vida humana como una existencia carente de valor y, por tanto, susceptible de ser eliminada por decisión discrecional del poder.

Termino la presente recensión tal y como la he iniciado, con otra noticia de fecha 14 de marzo de 2012 conforme a la cual el Parlamento chino ha aprobado una ley que permite «las desapariciones forzosas de los disidentes». Sobran las palabras.

Laura GUTIÉRREZ MASSON
Departamento de Derecho
Romano de la UCM

Roberto GARGARELLA, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, 302 pp.

El título del libro de Roberto Gargarella es en sí mismo una definición, y casi podríamos afirmar una toma de posición, en el contexto de la vida política e institucional americana (y argentina) respecto del problema de la desigualdad, en tanto afirma que ésta encuentra sus orígenes en la propia legalidad o encontraría en ella, al menos, sus fundamentos. Esas pocas hojas de cualquier Constitución, que hu-

bieran debido resolver los conflictos y las tensiones que se manifestarían también en los Estados Unidos y particularmente en América Latina a propósito de la igualdad de los ciudadanos, no hicieron más que ampliarlos o dejarlos irresueltos. La desigualdad es una asignatura pendiente de la sociedad americana y, sobre todo, es una asignatura pendiente del mismo Derecho (Latinoamérica es la región más desiguali-

taria del mundo). Por supuesto que no es un tema simple. El mismo libro que comentamos termina con una serie de preguntas: ¿cómo evitar...? ¿cómo discernir...? ¿cómo distinguir...? Prueba de que el proyecto del igualitarismo sigue incumplido y urge una respuesta definitiva, o al menos parcial, a las demandas civiles (no en vano se ha dicho que los niveles de pobreza extrema amenazan la legitimidad de las democracias de la región, un razonamiento que esbozaron Thomas Pogge en Colombia y Bayer en Argentina), porque la presencia de los ciudadanos en las calles muestra que éstos exigen participación en la solución de los problemas que les atañen y buscan transformar en letra viva el «todos los ciudadanos son iguales ante la ley». Esto sucede en Europa y sucede también en Argentina.

¿Una historia del Derecho constitucional americano y latinoamericano? ¿Un trabajo de Derecho constitucional comparado? ¿Un libro de historia de las ideas? ¿Un ensayo sobre filosofía política? El ensayo que comentamos posee la virtud de no poder ser definido en una sola de estas categorías porque, de algún modo, circula por todas ellas. Es verdad que abrirse hacia diferentes disciplinas y multiplicar los temas y los puntos de vista es una de las características del ensayo, y éste tiene el mérito de serlo. No recurre, como es habitual tra-

tándose de temas de Derecho, al lenguaje abstruso y especializado, que, como el mismo Gargarella ha afirmado en un reportaje reciente, es típico de la disciplina y aun de las sentencias de nuestros jueces «que escriben de modo rarísimo, oscuro, con vocación de que no se entienda nada de lo que se dice». Una prosa clara, incitativa en cada línea, se desliza hacia la exposición de los temas con resolución; sólo cuando es necesario apela al ejemplo histórico, a las palabras textuales del personaje citado, sin abundar por ello en la cita innecesaria o erudita que, so pretexto de dar fundamento a lo que se dice, evita la reflexión del lector atento (algo que era muy común en los viejos constitucionalistas argentinos, cuyo estilo literario el propio autor también pone en tela de juicio, mostrando que su vocación no es sólo pensar el Derecho, sino también la forma de enseñarlo en un país como Argentina, que recién hoy está redescubriendo su pasado y las relaciones que mantuvo ese «Derecho oscuro» y esa justicia de «lenguaje impene-trable y oscuro» con la dictadura militar; esa oscuridad del lenguaje jurídico no es casual, arrastra un sentido, son sombras del propio constitucionalismo y la propia justicia que el Derecho debe advertir siendo más claro, entendible, accesible, democrático). Si Gargarella piensa que «hay un mecanis-

mo somnífero dentro del Derecho» ha sabido eludirlo con habilidad y su investigación será no sólo útil para el especialista, sino para el político, el legislador y el comunicador en general, a quien se le harán nítidas cuestiones que no dejan de ser complejas. Cuestiones legales y tradiciones legales que determinan hoy los debates políticos.

El constitucionalismo americano y latinoamericano en sus orígenes (1776-1860) y las discusiones que se dieron en ese momento liminar, el influjo importante de los liberales y de los conservadores, en tanto la menor resonancia del constitucionalismo radical en los textos definitivos, es el tema del trabajo, todos ello leídos «con el carácter más o menos igualitario de la propuestas constitucionales en debate». Pero la lectura no queda adherida a la letra de la ley, sino que busca en las controversias y aun en las razones sociales e históricas el fundamento mismo que determinó la sanción/opción de algún precepto constitucional, porque, según sostiene Gargarella, en ellos «quedan expresadas las líneas fundamentales de un proyecto político: sus presupuestos filosóficos, los principios que lo guían, los propósitos [...], los costos que se está dispuesto a asumir».

El ensayo se ordena en función de dos ejes: el primero de ellos analiza las diferentes Constituciones

poniendo el acento en la parte dogmática, la de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, y en la forma de la organización del poder. La exposición de estos asuntos le permitirá comparar los distintos proyectos marcando su impronta liberal, conservadora o radical. Ése es el baremo que toma el autor. El otro eje, una suerte de lupa, pasará por estos temas y permitirá profundizar y observar qué capacidad tenían los ciudadanos para controlar sus vidas y decidir sobre la suerte de la comunidad. Es decir, qué rol real juega el Derecho. Desde esta óptica historiográfica (para nada pesada ni somnifera, como suele ser común en otros libros de Derecho) se verá con claridad la ideología a la que se adhiere el texto constitucional. Así, denominará conservadores a los modelos que «acostumbraba(n) concentrar el poder y fortalecer especialmente la autoridad del Ejecutivo [...] y (donde) los derechos individuales quedaban subordinados a cierta(s) idea(s) del bien que, por lo general, sobre todo en Latinoamérica, coincidían con los postulados de la religión católica». Radicales, en cambio, fueron aquellos proyectos que daban lugar preferente a la voluntad ciudadana, la mayoría, a la que condicionaban los derechos individuales; liberales, a su vez, los que, reaccionando frente a estas dos posiciones, buscaban, por un lado, limitar y equilibrar las

dos ramas del gobierno para evitar la tiranía o la anarquía, y protegían, por el otro, los derechos individuales, a los que concebían inviolables. Esos derechos (inherentes al hombre, dirán muchos autores liberales) operaron como un límite al poder. Así nace el liberalismo.

Esta descripción refiere a modelos ideales que nunca en la realidad coincidieron perfectamente con los rasgos descritos. La historia siempre los sobrepasa. Hablamos de arquetipos, como diría Quentin Skinner. Y si no coincidieron fue por razones concretas; el eclecticismo constitucional mostró a las claras los pactos (muchas veces espurios) entre líderes opuestos, el peso de una fracción y las condiciones de la época. El Derecho es fruto también de negociaciones, concesiones. No es la aplicación directa de modelos de ideales de laboratorio. No es casual que en el caso argentino, por ejemplo, el modelo liberal esté impregnado de fuertes rasgos conservadores, resultado, en definitiva, del pacto de distintos grupos y de la importancia que los sectores poseedores, los dueños de la tierra, tuvieron —en última instancia— sobre el armado constitucional. Éste sería a su vez el costado menos feliz del Derecho: su costado práctico, su realización concreta, su realismo. Por eso hay que ver detrás del idealismo constitucional. Hay que indagar y criticar —como a menudo

ha indagado Gargarella— detrás de las palabras, hurgar en la historia que hay detrás de la letra y del Derecho, ver cómo el Derecho que tenemos llega a ser el Derecho que es, y no otro. Ésta es una pregunta que se escucha de manera creciente en Latinoamérica. Los ciudadanos quieren saber y conocer (tal vez por primera vez) su Derecho. Y quieren saber cómo pueden resolver sus problemas a través del Derecho. La desigualdad es uno de ellos. Tal vez el más importante.

El igualitarismo, una perspectiva desde la cual, sostiene Gargarella, merecen mirarse las propuestas constitucionales, avala, en contra del conservadurismo, el derecho a la autodeterminación colectiva juntamente con el derecho del individuo a elegir su propio proyecto; se diferencia del liberalismo porque no comparte su ideas de frenos y contrapesos, ya que otorga el igualitarismo un mayor espacio a la voluntad ciudadana; en ese sentido, discute también el control judicial de constitucionalidad, por el poder que se reservan los jueces, a través de este medio no conferido por la Constitución, de tener la última palabra. Asimismo, el igualitarismo se diferencia del radicalismo, aunque parece acercársele (el igualitarismo es uno de los motores de esa propuesta), porque si bien asume la defensa de la voluntad mayoritaria, no cree en ella ciegamente, y toma

en cuenta la defensa de los derechos individuales. Lo que hoy muchos llaman en Latinoamérica «un límite» de la justicia al poder (concentrado y personalista) de los presidentes, hiperpresidencialismo que estaba, sin embargo, en la cabeza de nuestros fundadores (Alberdi, por ejemplo, pide en Argentina un «monarca»). Una vez más, en Latinoamérica se vive hoy un resurgir del debate sobre la función y la importancia de la división de poderes. Cuán importante es esa división para el futuro de la democracia es otra de las preguntas actuales a la luz de las cuales puede pensarse este libro de Gargarella.

Los tres primeros capítulos del libro (a los que siguen tres anexos de revisión de ejemplos concretos) analizan el *constitucionalismo radical, el conservador y el liberal*, siguiendo el trazado que hemos delineado más arriba. El esmero y cuidado que Gargarella pone en la descripción de cada uno de esos sistemas logran páginas particularmente remarcables, como las dedicadas al balance de la influencia de los populistas en el diseño constitucional; a la incidencia de un pensador conservador reaccionario como Edmund Burke (célebre por oponerse —desde la tradición— al igualitarismo de la Revolución Francesa, como De Maistre o Bonald, que cuestionaban incluso la noción —según ellos, abstracta y

vacía— de los «derechos universales del hombre») y del irracionalismo de Donoso Cortés; se refiere también a la pesada herencia del pensamiento de Simón Bolívar, y al rol de las corporaciones —en particular las Fuerzas Armadas y la Iglesia— en el conservadurismo americano. También merece señalarse la rica observación sobre los límites que el liberalismo encontró a sus propuestas en tanto ligó su destino, en muchos casos, al de los conservadores. Éstos, según Gargarella, «se instalaron en un lugar privilegiado dentro de las estructuras institucionales vigentes. Para mantener esas posiciones de prestigio contaron desde siempre con el apoyo de dos grupos decisivos: el Ejército y la Iglesia, sectores de fuerte presencia dentro de la frágil estructura política latinoamericana». Igual mérito puede encontrarse en la descripción del conflicto de los liberales ante el tema del sufragio universal relacionado con el grado de admisión de la participación ciudadana en política (donde no se le escapa a Gargarella que el problema no estaba en el sufragio, sino en la protección de la propiedad privada, tema liminar de nuestro Derecho latinoamericano presente y pasado). Más audaz aún es el autor al señalar que al mismo Alberdi, héroe epónimo del liberalismo, era partidario del esquema ultraconservador de los Egaña, en Chile, en tanto rechazaba el poder

mayoritario y se enrolaba en las huestes del elitismo político.

Una honestidad intelectual insoslayable reflejan las reflexiones que le provocan al autor la incoherencia del liberalismo frente al papel neutral que le asigna al Estado (a diferencia del igualitarismo). No trepida así en denunciar y describir esa actitud: «El liberalismo ha reclamado la intervención del Estado para contribuir al disciplinamiento del sector trabajador (por ejemplo, a través de normas de reclutamiento obligatorio de “vagos”), o para establecer restricciones sobre las primeras políticas “sociales” impulsadas por el sector privado, o para exigirle el directo control del sector más dinámico de la economía (y el que más recursos podía proveerle al Estado)». De ese mismo tono, y permítasenos usar el término moral, se nutren los párrafos que se refieren al régimen de propiedad de la tierra. Escribe Gargarrella: «¿Por qué, por ejemplo, considerar que el Estado debe mantener intocada la distribución de la tierra a la que se ha llegado luego de acciones violentas o apropiaciones injustificadas? ¿Y por qué considerar —como se consideró en buena parte de América— que era “natural” que los antiguos esclavos reiniciaran sus vida como hombres libres sin mayores recursos económicos con los que poder satisfacer sus necesidades bá-

sicas (recursos, por otra parte, a los que durante siglos se las había impedido acceder)? ¿Y por qué considerar que era “natural” que los sectores más aventajados aprovecharan sus injustificadas ventajas para apropiarse de las “nuevas” tierras que estaban disponibles?». Este libro, más importante que por lo que responde es por lo que pregunta. Por las preguntas que deja planteadas. Por lo que le pregunta o le señala al Derecho. Muchos de los valiosos interrogantes que plantea Gargarrella aquí son esenciales para dinamizar el debate del Derecho y conectarlo con la desigualdad y la pobreza en Latinoamérica. Dos preocupaciones esenciales de las jóvenes democracias de la región. Las democracias no pueden seguir sin observar la pobreza, la desigualdad y la falta de oportunidades.

El último capítulo resume conclusiones sobre las diferentes concepciones constitucionales y avanza sobre los límites y problemas del igualitarismo. En coincidencia con los defensores de este último, Gargarrella admite que no debe confundírsele con la versión política del mismo y que para la resolución de los problemas públicos no es imprescindible apelar a gigantes cas asambleas (una caricaturización del igualitarismo que muchas veces lo termina deslegitimando), ya que muchos igualitaristas han admitido la posibilidad de limitar las discu-

siones de temas de interés público a ámbitos reducidos donde participan los ciudadanos involucrados en la cuestión. Asimismo, señala la importancia que el igualitarismo otorga a la intervención del poder público en demanda de justicia para que, y Gargarella lo subraya: «La vida de las personas dependa de las decisiones de las que éstas son responsables y no de circunstancias que le son ajenas». El igualitarismo no es precisamente ajeno a esto en ninguno de los campos. Apela a la igualdad en términos de derechos sociales, pero también civiles y políticos (pienso en Owen Fiss y el rol que éste le asigna al Estado para «distribuir la palabra»). Así, el Derecho puede ser una distinta forma de pensar el poder o de ponerle un límite. El libro se cierra con una apelación esperanzada a cumplir el proyecto inacabado del igualitarismo (una asignatura pendiente del Derecho y de la sociedad democrática en su conjunto; reflexiones semejantes a las que traza Habermas cuando pondera y ahora retomar el proyecto inacabado de la Ilustración) más allá de las dificultades que deberá enfrentar y los interrogantes que tendrá que resolver, todo ello un desafío. El empeño de Gargarella es un aporte indiscutible a ese desafío, sobre

todo en países como Argentina (y el resto de los países de Latinoamérica) donde la realidad signada por la desigualdad y la pobreza impone (pero a su vez interroga, sospecha de) la observancia del igualitarismo constitucional. La falta de igualdad (los ciudadanos pobres tirados en las calles, los pobres, la pobreza extrema, inaudita, como dice Thomas Pogge) va en desmedro del mismo desarrollo y es una negación, en última instancia, de todo el Derecho y de todo el sistema democrático. De todo el orden constitucional. Con tanta pobreza, con tanta desigualdad, con tanta gente sin derechos, con tantos jóvenes sin oportunidades, no puede sostenerse ninguna República.

El problema de los indignados de España y del mundo —acaso— puede ser visto también desde el igualitarismo. Los indignados no pretenden hacer una revolución política ni social. Pretenden hacer del Derecho y de la sociedad un orden más justo. Por eso se indignan, porque el igualitarismo que se había prometido desde las leyes abstractas no se cumple. Porque el Derecho no cumplió su palabra.

Guido Leonardo CROXATTO
Universidad de Buenos Aires (UBA)
Freie Universität (FU-Berlin)